

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Vierte Kammer)

16. September 1999 *

In der Rechtssache C-27/98

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vom österreichischen Bundesvergabeamt in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Metalmecanica Fracasso SpA

und

Leitschutz Handels- und Montage GmbH

gegen

**Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche
Angelegenheiten**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 328, S. 1)

erläßt

* Verfahrenssprache: Deutsch.

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. J. G. Kapteyn (Berichterstatter) sowie der Richter J. L. Murray und H. Ragnemalm,

Generalanwalt: A. Saggio

Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der Metalmeccanica Fracasso SpA und der Leitschutz Handels- und Montage GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Schmid, Wien,
- des Amtes der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, vertreten durch Kurt Klima, Oberrat bei der Finanzprokurator Wien, als Bevollmächtigten,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch Wolf Okresek, Sektionschef im Bundeskanzleramt, als Bevollmächtigten,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater Hendrik van Lier als Bevollmächtigten, Beistand: Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, Brüssel,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen des Amtes der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, vertreten durch Kurt Klima, der österreichischen Regierung, vertreten durch Michael Fruhmann, Bundeskanzleramt, als Bevollmächtigten, der französischen Regierung, vertreten durch Anne Bréville-Viéville, Chargé de mission in der Direktion

für Rechtsangelegenheiten des Außenministeriums, als Bevollmächtigte, und der Kommission, vertreten durch Hendrik van Lier, Beistand: Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, in der Sitzung vom 28. Januar 1999,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 25. März 1999,

folgendes

Urteil

- 1 Das Bundesvergabeamt hat mit Beschluß vom 27. Januar 1998 gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) eine Frage nach der Auslegung des Artikels 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 328, S. 1) zur Vorabentscheidung vorgelegt.
- 2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der Bietergemeinschaft Metalmeccanica Fracasso SpA und Leitschutz Handels- und Montage GmbH (Antragstellerin) einerseits und dem Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (Amt) wegen des von diesem ausgesprochenen Widerrufs der Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags, für den die Antragstellerin ein Angebot eingereicht hatte.

Rechtlicher Rahmen

- 3 Die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) wurde durch die Richtlinie 93/37 kodifiziert. Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 in der Fassung der Richtlinie 97/52 (im folgenden: Richtlinie 93/37) lautet:

„Der Zuschlag des Auftrags erfolgt aufgrund der in Kapitel 3 dieses Abschnitts vorgesehenen Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 19, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer, die nicht aufgrund von Artikel 24 ausgeschlossen wurden, nach den in den Artikeln 26 bis 29 genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit geprüft haben.“

- 4 Nach § 56 Absatz 1 des Bundesvergabegesetzes (BVergG) endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrags (Zuschlag) oder mit dem Widerruf der Ausschreibung. Eine andere Art der Beendigung des Vergabeverfahrens kennt das Bundesvergabegesetz nicht.

- 5 § 52 Absatz 1 BVergG bestimmt:

„(1) Vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote unverzüglich auszuscheiden:

1. Angebote von Bietern, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

2. Angebote von Bieter, die nach § 16 Abs. 3 oder 4 vom Wettbewerb ausgeschlossen sind;

3. Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen;

...“

6 § 55 Absatz 2 BVergG lautet:

„Die Ausschreibung kann widerrufen werden, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 52 nur ein Angebot übrig bleibt.“

7 § 16 Absatz 5 BVergG bestimmt:

„Vergabeverfahren sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen.“

Der Ausgangsrechtsstreit

- 8 Im Frühjahr 1996 schrieb das Amt die Durchführung von Bauarbeiten einschließlich der Errichtung einer Mittelstreifenabsicherung aus Beton an einem Abschnitt der A1 Westautobahn aus. Der Zuschlag wurde der Firma ARGE Betondecke Salzburg-West erteilt.
- 9 Im November 1996 entschied sich das Amt aus verkehrstechnischen Gründen, den Mittelstreifen des genannten Autobahnabschnitts mit Sicherheitsleitschienen aus Stahl statt, wie bisher ausgeschrieben, aus Beton abzusichern. Deshalb schrieb es einen anderen Auftrag für die Montage eines Leitschienenverbaus aus Stahl zur Mittelstreifenabsicherung im offenen Verfahren aus. Das Vergabeverfahren wurde im April 1997 eingeleitet.
- 10 Vier Unternehmen oder Bietergemeinschaften reichten Angebote ein, darunter die Antragstellerin.
- 11 Nachdem das Amt sämtliche Angebote geprüft und die Angebote der anderen drei Bieter gemäß § 52 Absatz 1 BVergG ausgeschieden hatte, blieb nur das Angebot der Antragstellerin übrig.
- 12 Letztlich beschloß das Amt, die Mittelstreifenabsicherung nicht aus Stahl, sondern aus Beton durchführen zu lassen, und widerrief die entsprechende Ausschreibung gemäß § 55 Absatz 2 BVergG. Beides teilte es der Antragstellerin schriftlich mit.
- 13 Diese ersuchte die Bundes-Vergabekontrollkommission, gemäß § 109 Absatz 1 Ziffer 1 BVergG ein Schlichtungsverfahren über die Frage einzuleiten, ob die Widerrufsentscheidung des Bundesvergabeamtes sowie dessen Absicht, eine neue

Ausschreibung für den Leitschienenverbau durchzuführen, den Vorschriften des Bundesvergabegesetzes entsprechen.

- 14 Am 19. August 1997 einigten sich die Parteien gütlich auf die vom Schlichter vorgeschlagene Neuausschreibung des Leitschienenverbaus aus Stahl für die Randabsicherung der Autobahn. Diese sollte in einem nicht offenen Verfahren unter grundsätzlicher Einbeziehung aller Bieter erfolgen, die an der widerrufenen Ausschreibung teilgenommen hatten.
- 15 Die Antragstellerin beantragte bei der Bundes-Vergabekontrollkommission eine Ergänzung des Schlichtungsverfahrens und trug vor, die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage der Rechtmäßigkeit des Widerrufs der die Sicherheitsleitschienen zur Mittelstreifenabsicherung betreffenden Ausschreibung seien nicht geklärt worden.
- 16 Nachdem sich die Bundes-Vergabekontrollkommission für unzuständig erklärt hatte, beantragte die Antragstellerin beim Bundesvergabeamt, die Widerrufsentcheidung des Amtes für nichtig zu erklären.
- 17 Das Bundesvergabeamt hält es für fraglich, ob § 55 Absatz 2 BVergG mit Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 vereinbar ist. Es hat dem Gerichtshof unter Aktenvorlage folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist die Bestimmung des Artikels 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG, wonach der Zuschlag des Auftrags aufgrund der in Kapitel 3 dieses Abschnitts vorgesehenen Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 19 erfolgt, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer, die nicht aufgrund von Artikel 24 ausgeschlossen wurden, nach den in den Artikeln 26 bis 29 genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit geprüft haben, so auszulegen, daß die Auftraggeber verpflichtet sind, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, selbst wenn nur noch dieses eine

Angebot im Vergabeverfahren bleibt? Ist Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 so hinreichend konkret und bestimmt, daß sich der einzelne in einem Verfahren nach den Bestimmungen des nationalen Rechts darauf berufen kann und diese Bestimmung als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts der Bestimmung des nationalen Rechts entgegengehalten werden kann?

Der erste Teil der Frage

- 18 Der erste Teil der Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die Richtlinie 93/37 so auszulegen ist, daß der Auftraggeber, der eine Ausschreibung durchgeführt hat, verpflichtet ist, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen.
- 19 Nach Auffassung der Antragstellerin ergibt sich aus den Artikeln 7, 8, 18 und 30 der Richtlinie 93/37 in der Auslegung des Gerichtshofes, daß die Befugnis des Auftraggebers, auf die Erteilung eines öffentlichen Auftrags zu verzichten oder das Verfahren von neuem einzuleiten, nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen schwerwiegender Gründe ausgeübt werden darf.
- 20 Das Amt, die österreichische und die französische Regierung sowie die Kommission tragen dagegen im wesentlichen vor, daß die Richtlinie 93/37 es dem Auftraggeber nicht verbiete, ein Vergabeverfahren abubrechen.
- 21 Unstreitig verpflichtet die Richtlinie 93/37 den Auftraggeber, der eine Ausschreibung durchgeführt hat, nicht ausdrücklich, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen.

- 22 Ungeachtet dessen ist zu prüfen, ob der Auftraggeber nach der Richtlinie 93/37 verpflichtet ist, ein Verfahren der Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags zum Abschluß zu bringen.
- 23 Was zum einen die Bestimmungen der Richtlinie 93/37 betrifft, auf die sich die Antragstellerin berufen hat, so muß der Auftraggeber den Bewerbern und Bietern nach Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 so rasch wie möglich die bezüglich der Auftragsvergabe getroffenen Entscheidungen sowie die Gründe mitteilen, aus denen er beschlossen hat, einen Auftrag, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, nicht zu vergeben oder das Verfahren von neuem einzuleiten. Diese Bestimmung sieht nicht vor, daß ein solcher Verzicht nur in Ausnahmefällen oder bei Vorliegen schwerwiegender Gründe erfolgen dürfte.
- 24 Auch aus den Artikeln 7, 18 und 30 der Richtlinie 93/37, in denen die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge geregelt und die anwendbaren Zuschlagskriterien festgelegt sind, läßt sich keine Verpflichtung herleiten, den Auftrag zu erteilen, wenn nur ein einziges Unternehmen die erforderliche Eignung besitzt.
- 25 Sonach macht die Richtlinie 93/37 die Ausübung der dem Auftraggeber stillschweigend verliehenen Befugnis, auf die Vergabe eines Auftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten oder das Vergabeverfahren von neuem einzuleiten, nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder außergewöhnlicher Umstände abhängig.
- 26 Zum anderen hat die Richtlinie 93/37 nach ihrer zehnten Begründungserwägung das Ziel, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sicherzustellen (so zur Richtlinie 71/305 das Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 21).
- 27 Wie die Kommission zutreffend ausgeführt hat, verfolgt Artikel 22 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 ausdrücklich dieses Ziel, indem er bestimmt, daß in Fällen, in denen die öffentlichen Auftraggeber einen Auftrag im nicht offenen Verfahren

vergeben, die Zahl der Bewerber, die zum Bieten zugelassen werden, ausreichen muß, um einen echten Wettbewerb zu gewährleisten.

- 28 Außerdem darf nach Artikel 22 Absatz 3 der Richtlinie 93/37, wenn öffentliche Auftraggeber in den Fällen des Artikels 7 Absatz 2 einen Auftrag im Verhandlungsverfahren vergeben, bei einer hinreichenden Anzahl geeigneter Bewerber die Zahl der zur Verhandlung zugelassenen Bewerber nicht unter drei liegen.
- 29 Ferner erfolgt nach Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 der Zuschlag des Auftrags aufgrund der in Kapitel 3 Abschnitt IV der Richtlinie vorgesehenen Kriterien.
- 30 Zu den Bestimmungen des Kapitels 3 gehört Artikel 30, in dessen Absatz 1 die Kriterien aufgeführt sind, die der Auftraggeber bei der Erteilung des Zuschlags anwendet, nämlich entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises oder, wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt, verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien wie z. B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert.
- 31 Daraus ergibt sich, daß die Richtlinie 93/37 im Interesse eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge die Vergabe der Aufträge so auszugestalten sucht, daß der Auftraggeber in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien wie der in Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie beispielhaft aufgezählten das günstigste Angebot zu wählen (so zur Richtlinie 71/305, Urteil Beentjes, Randnr. 27).

- 32 Bleibt jedoch nach Abschluß eines der in der Richtlinie 93/37 geregelten Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge nur ein einziges Angebot übrig, so ist der Auftraggeber nicht in der Lage, die Preise oder die übrigen Merkmale verschiedener Angebote miteinander zu vergleichen, um den Zuschlag gemäß den in Abschnitt IV Kapitel 3 der Richtlinie genannten Kriterien zu erteilen.
- 33 Nach alledem ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen.
- 34 Auf den ersten Teil der Frage ist somit zu antworten, daß Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 den Auftraggeber nicht verpflichtet, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen.

Der zweite Teil der Frage

- 35 Der zweite Teil der Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 berufen können.
- 36 Da für die Erfüllung der in Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 aufgestellten Anforderungen keine besondere Ausführungsmaßnahme notwendig ist, sind die sich hieraus für die Mitgliedstaaten ergebenden Verpflichtungen unbedingt und hinreichend genau (so zu Artikel 20 der Richtlinie 71/305, dem Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 im wesentlichen entspricht, das Urteil Beentjes, Randnr. 43).

- 37 Auf den zweiten Teil der Frage ist deshalb zu antworten, daß die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 berufen können.

Kosten

- 38 Die Auslagen der österreichischen und der französischen Regierung sowie der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

auf die ihm vom Bundesvergabeamt mit Beschluß vom 27. Januar 1998 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

1. Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge verpflichtet den Auf-

traggeber nicht, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen.

- 2. Die einzelnen können sich vor den nationalen Gerichten auf Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 in der Fassung der Richtlinie 97/52 berufen.**

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 16. September 1999.

Der Kanzler

Der Präsident der Vierten Kammer

R. Grass

P. J. G. Kapteyn